

## Ustavotvorstvo u prijelazno doba

GÜNTER FRANKENBERG\*

### Sažetak

Autor tvrdi da se ustavna teorija danas mora dokazati na trima područjima. Prvo područje dokazivanja odnosi se na problem odnosa transnacionalnih režima i državnih institucija. Ustavno pravna teorija je suočena s pitanjem kako norme koje se odnose na transnacionalne režime mogu “konstitucionalizacijom” poprimiti dignitet pravnih normi. Drugi izazov predstavljaju transnacionalni režimi *sui generis* poput pravnog poretka Europske unije. Treći je vezan za proces širenja EU-a.

Autor tvrdi da je po svom smislu ustav instrument i simbol, tj. da je dvostruko kodiran. Jedan se smisao odnosi na praksu i instrumentalna izvršenja, a drugi na svijet reprezentacije. Postoje različiti tipovi ustava. Prvi tip su ustavi-manifesti i oni su uglavnom samo simbolički kodirani. Drugi tip su ustavi koji su doneseni u formi ugovora. Ovi su ustavi strukturirani više kao pravni odnos među diskretnim akterima, nego kao monolitan simbolički korpus. Programski ili planski ustavi treći su tip ustava, a vezuju se za uspon i pad socijalističkih društava. Oni propisuju razvojne ciljeve koji su prethodno politički definirani. Na posljetku, postoje tzv. ustavi u ulozi zakona. Ovi su ustavi rezultat redovnog zakonodavnog procesa koji osigurava da narod kao zamišljeni nositelj suvereniteta raspravlja o ustavu i da ga prihvati.

Autor pokazuje da se kod tranzicije srednje i istočnoeuropskih društava radi o prijelazu s jednostavnog kodiranja s primatom simboličkoga na dvostruko kodiranje ustava. U ovom se prijelazu pojavljuju poteškoće. Prva se odnosi na problem “presadivanja” konstitucionalnih rješenja u drugi društveno-povijesni kontekst. Druga se odnosi na antiustavotvorni mentalitet koji prevladava u ovim društvima. Ipak, konstitucionalna bilanca u Srednjoj i Istočnoj Europi je zadovoljavajuća. Njihovi su novi ustavi zanimljivi zbog triju simboličkih aspekata. Prvi se odnosi na ustavotvorne procese u kojima su ova društva prestala biti objekti autoritarnih vladara. Drugi je aspekt vezan za potragu za novim oblikom identiteta i zajedništva. Treći se aspekt odnosi na pokušaje da se pravnim okovima samovolja progna iz politike i društvenog života.

*Ključne riječi:* tranzicija, ustav, ustav kao instrument, ustav kao simbol, ustavna teorija

\* *Günter Frankenberg*, redovni profesor pravnih znanosti na Odsjeku pravnih znanosti Sveučilišta J. W. Goethea u Frankfurtu na Majni.

“What is the best way to get to Dublin?”

“Don't start from here.”

### *O pozivu ustavne teorije*

Ustavna teorija koja želi biti u vezi s aktualnim problemima, danas se mora dokazivati na trima djelatnim područjima. Prvo: stihijski nastanak *transnacionalnih režima* s kvazipravnom funkcijom – natuknice: Cyberlaw, lex mercatoria i WTO – u *arkanumu* ekonomskog, s one strane državnih institucija i ravno preko granica nacionalnih država, konfrontira ustavnu teoriju s pitanjem, mogu li i kako ovi kompleksi normi, stvoreni većim dijelom od privatnih aktera, “konstitucionalizacijom” poprimiti dignitet *pravnih* normi (Lessig, 1999.; Bogdandy, 2001.: 264; Teubner, 2000.: 437). Tko još nije potpuno podlegao čarima spontanoga, mora priznati da kvazipravni obrasci poretka takvih “private governance regimes” zbog svoje nenapisanosti pokazuju niz slabosti, koje se naizmjenice pojačavaju. Ovom neo-običajnom pravu nedostaju metapravila, koja bi utvrđivala uvjete njegovog važenja i davala donekle pouzdane izjave o pristupu ovome režimu i isključivanju iz njega, te koja bi se mogla kontrolirati na institucionalno utvrđeni i koji drugi sudbeni način. Nadalje, za ove autoreferentne i samodostatne režime, karakteristično je da se oni u pogledu zaštite trećih zainteresiranih osoba, koje doduše nisu uključene u takve režime, ali ih se oni unatoč tome tiču, ponašaju agnostički. Ostaje pitanje jesu li ustavi koji potječu iz nacionalno-državnog konteksta primjeren odgovor.

Drugi izazov predstavlja transnacionalni režim *sui generis*: naime, supranacionalni pravni poredak Europske unije, koji doduše transcendira granice pojedinih zemalja članica, ali istodobno počiva na nacionalnim pravnim porecima s prioritetom primjene – i služi se nacionalnom sudbenošću. Već se dugo vodi rasprava o tome može li se ugovoru EU-a pripisati karakter ustava. Čak ako se na ovo pitanje, s obzirom na postupno prevladavajuće indicije, i odgovori potvrdno i ako se prijeđe s akademskog diskursa na političku debatu, još uvijek nije odlučeno kako bi se primjereno mogao “konstituirati” kaos, odnosno pluralizam višenacionalne zajednice koja teži širenju (Frankenberg, 2002.).

Treće, vezano za proces širenja EU-a, traži se ustavna teorija koja bi dala odgovor na pitanje mogu li se i kako, takozvana tranzicijska društva Srednje i Istočne Europe u sjeni svjetskog tržišta i pod pritiskom EU-a, zvanim “harmonizacija”, sama “konstituirati”, ne posve ideološki. Upravo se na ovu problematiku usredotočuju sljedeća razmišljanja.

Unaprijed valja otkloniti razumljivo pogrešno shvaćanje da bi se društva jednom mogla naći u nekom stanju netranzicije, dakle u stanju mirovanja. “Tranzicija”, odnosno “prijelaz”, u ovom kontekstu ne upućuje na uobičajenu transformaciju društava (ili takoder ustava) u povijesnom procesu, nego implicira cezuru (Bryde, 1992.). Prema tome, tranzicija označuje prijelaz iz jedne distinktivne društvene formacije u drugu, kao recimo iz kolonijalnog društva u društvo oslobođeno kolonijalne vlasti, iz monarhije u de-

<sup>1</sup> Ova pitanja i problemi predmetom su istraživačkog projekta u kojem još sudjeluju Klaus Günther i Günther Teubner.

mokratsku republiku ili iz socijalističkoga društvenog uređenja u kapitalističko tržišno društvo.

### *Ustav kao simbol i instrument*

Svi socijalni sustavi rade sa znakovljem. Ono označuje njihove granice, njihove kodove i funkcije, te akterima na pojedinim područjima djelovanja zadaje znakovni jezik, kojim se služe da bi se sporazumijevali. Ovaj jezik i njegovi znakovi vrijede kao kulturalna, a istodobno i simbolička dimenzija sustava i praktila. Kultura je okarakterizirana kao mreža oznaka u koju su upleteni ljudi (Geertz, 1975.: 5), ili kao “sustav oznaka, kroz koji ... neki društveni poredak komunicira, reproducira, spoznaje i istražuje” (Williams, 1991.: 13). Spor na temu konstituiranja li kultura druge sustave i procese ili ih samo reflektira ili reprezentira, ovdje može ostati otvoren (Eagleton, 2001.). Jer pravo, dakle i ustavi, oduvijek imaju neosporno kulturalnu dimenziju: Oni rade s oznakama koje se ne pojavljuju u funkcionalnom, instrumentalnom značenju. Sukladno njihovu instrumentalnom svođenju, znakovi prava i ustava trebaju, iz normativne perspektive, primarno voditi brigu o sigurnosti očekivanja i izbjegavati ili miriti nesuglasice. Gledano sa stajališta rane Luhmannove ustavne teorije, oni brinu o “Legitimaciji kroz postupak”, tako što “upleću” adresate u rasprave pravne prirode, te tako resorbiraju razočaranja (Luhmann, 1969.). Pravni poredci, kao i ustavi, svoje instrumentalne rezultate dokazuju kroz norme koje uređuju institucije, utvrđuju postupke i načine ponašanja, tipiziraju događaje i uloge. Tako pravo normira određena kaznena djela, propisuje vozačima automobila da na raskrižjima u načelu vrijedi “pravilo desne strane” ili utvrđuje profesionalne obveze pekara. Na potpuno isti način ustavi reguliraju napredak zakonodavstva, izbor ili opoziv kancelara, a političkim vlastima dodjeljuju određene nadležnosti i obveze. Međutim, pravne i ustavne norme nemaju samo ovo instrumentalno – ili ako baš hoćete, praktično – značenje, nego uvijek i simboličko: ustavne norme reprezentiraju određeni poredak i ističu vrijednosti koje se drže bitnima u nekom društvu, pa ih se zbog toga brani. O tome mnogo govori stranačka zabrana, predviđena u Ustavu (čl. 21. II. 1. Ustava). To je instrument za isključivanje protuustavnih stranaka iz političkog procesa. Istodobno i simbolički djeluje kao sporazumijevanje o granicama tolerancije i prekretnicama političkog poretka (Morlock, 2001.). One transformiraju socijalne konflikte u pravnim nesporazumima te “premještaju” konflikte na parlamentarnu razinu, gdje ih domesticiraju i o njima odlučuju predstavnici. Globalno gledano, one stanovništvo “konstituiraju” kao pravnu i političku zajednicu.

Iz toga slijedi da su ustavi konstruirani dvosmisleno, kao simbol i instrument, te da im takav dvostruki smisao na različite načine pripisuju i konstruktori, i adresati. Jedan smisao upućuje na cjelokupnost praktila i instrumentalnih izvršenja, drugi na svijet reprezentacija. Ova dvosmislenost – ili kako ću je u nastavku nazivati: dvostruko kodiranje – razlikuje ustave, recimo, od uputa za rukovanje videorekorderom ili kulinarskih recepata, kod kojih se značenje jezičnih znakova – koje ponajprije kod videorekordera nije lako odgonetnuti – iscrpljuje u instrumentalnom, ili kod horoskopa, koji ne napuštaju područje simboličkog, osim ako se čitaju kao praktične upute za pravilan život i kao takve provode.

Ustavi svojim dvostrukim kodiranjem odražavaju iskustva društva nataložena tijekom povijesti, u teškoj raboti samovladanja. Ova iskustva obuhvaćaju kako znanje ljudi o svijetu, tako i njihove bojazni, nade i vizije. Ustavi se, dakle, s njima svojstvenim kombiniranim posezanjem za praktikama i reprezentacijama mogu čitati kao specifično moderni, manje ili više iluzorni načini konstrukcije i savladavanja zbiljnosti.

### *Tipovi ustava i kodiranje*

Dvostruko se kodiranje promišljeno nadovezuje na *moderne* ustave. Moderno normativnim vrednovanjem nije u suprotnosti s recimo primitivnim, nego označuje one arhetipove, odnosno idealne tipove ustava, koji su, s obzirom na svoje konstrukcijske elemente (Frankenberg, 1996.) potpuni, dakle, nemaju nikakvih očitih strukturalnih nedostataka. Na drugom mjestu predstavio sam četiri arhetipa ustava koji se mogu izdvojiti iz povijesti ustava, naime ustav kao manifest, plan/program, ugovor i zakon (Frankenberg, 2002.). U daljnjem će se tekstu češće pojavljivati i nadovezivati će se na kodiranje “Ustav kao simbol” i “Ustav kao instrument”.

Na temelju svoje demonstrativne, povremeno ispovjedne poruke, ustavi-*manifesti* poput primjerice Francuske deklaracije, čitaju se uglavnom kao neobvezna politička proza, a ne kao pravni tekstovi. Njihova je osobitost ustvari u tome da oni ne samo da ostaju sadržajno rudimentarni i da se ograničavaju na mali broj fundamentalnih tvrdnji (temeljna prava), nego su gotovo isključivo simbolički kodirani. Manifest, što ga samozvane političke elite u svijesti svojega nadmoćnoga kognitivnog posezanja za tobože evidentnim povijesnim istinama (“prava koja se stječu rođenjem”) ili za normativnim konsenzusom koji se prepostavlja kao dan (“prirodno pravo”, “pravo uma”) samo još jednostrano proklamiraju, treba svečano iskazati ono zatečeno i evidentno i/ili skandalizirati njegovu povredu (Vismann, 1996.). Zadaća manifesta, kakav je na posljetku i Povelja o temeljnim pravima Europske unije, jest primjerice da dade znak, da prizove u sjećanje i da potkrijepi, a ne da u stvarnom smislu konstituiira nešto potpuno novo. Zbog svojega političko-povijesnog konteksta – oslobođenja, revolucije, neovisnosti ili ujedinjenja – javlja se pomisao da se manifesti koncentriraju na pravni status građana, a da pritom ne normiraju utuživa subjektivno-javna prava. U pogledu konkretne organizacije politike, ponajprije oblikovanja političkih procesa odlučivanja, oni ili ne sadržavaju nikakva jamstva ili nikakva određena jamstva koja bi se mogla provjeriti sudskim putem. Karakteristična za ovu distanciju prema praktičnim organizacijskim pitanjima može biti izolirana, ali i apodiktična tvrdnja iz čl. 16. Deklaracije: “Ni jedno društvo u kojem nije osigurana zajamčenost prava niti razdvojenost vlasti, nema ustav.” Budući da, osim toga, nedostaju izjave o uvjetima važenja manifesta, možemo zaključiti da manifesti, ako su, dakle, zamišljeni kao ustav, u pravilu utjelovljuju samo ustav kao simbol. Put ka dvostrukom kodiranju otvara tek daljnja eksplicitna integracija manifesta u ustav, kojem se mogu pripisati instrumentalna značenja. Primjeri za ovakvo uključivanje su inkorporacija Deklaracije u Revolucionarni ustav iz 1791. godine, ili, iz novijeg doba, češke Povelje o temeljnim pravima i slobodama u Ustav Republike Češke (Sunstein, 1995.: 61). Osim toga, prema dvostrukom kodiranju vodi i implicitna inkluzija nekog manifesta putem transformacije u skup justicijalnih normi, koji se svrstava u *corpus consti-*

*tutionalis*. Ovakav se razvoj može očekivati s obzirom na Povelju o temeljnim pravima, a imajući na umu dosadašnju sudsku praksu Europskog sudišta.

*Ustavi doneseni u formi ugovora* pojavljuju se strukturalno kao opreka manifestu. Na mjesto jednostrane proklamacije dolazi, barem kao ideja, minimalno dvostrani ili uzajamni ugovor. *Pouvoir constituant* interno je strukturiran više kao pravni odnos među diskretnim stranama, nego kao monolitan simbolički “korpus”. Dok se manifest obraća javnosti, odnosno kolektivu kao publici, kod ugovora se pojavljuju ugovorne strane kao diskretni akteri, čak i ako on treba generirati novi, imaginarni kolektiv kao naciju ili narod, savez ili uniju. Tko govori o ustavnim ugovorima, svakako mora razlikovati dva načelno različita tipa: konstitucionalne ugovore o savezima ili organizacijske ugovore, s jedne, te društvene ugovore, s druge strane. Prvi se odista sklapaju, dok društveni ugovori imaju virtualan, odnosno hipotetični karakter i ne napuštaju prostor političke filozofije i ustavne teorije. Oba tipa ne služe samorazumijevanju, kako je to slučaj kod manifesta, oba nikada nisu poznavala tematska ograničenja. *Društveni ugovori* konstituiraju građanina virtualno kao uzročnika i adresata zakona, te kao člana “*body politic*”. Kao teoretski odgovori na projekt moderne, društveni se ugovori primarno bave legitimnošću i ograničenjem političke vlasti kao samovlade ili samo-zakonodavstva, te sekundarno, stavljanjem na raspolaganje simboličkog okvira pripadnosti za pojedinačne članove društva, kako bi na taj način riješili problem socijalne integracije. Stvarno sklopljeni ugovori o savezima ili organizacijski ugovori bave se pretežno pitanjima organizacije *governmenta* i podjelom suvereniteta. Oni utvrđuju sadržaj i granice autoriteta ugovorom stvorenog jedinstva. Šute o pitanju socijalne integracije, ili ovu problematiku delegiraju partnerima u savezu radi pobližeg uređenja. Oni pretpostavljaju individualno članstvo u savezu ili uniji kao već determinirano staleškom tradicijom, ili kao uređeno u kontekstu državnog prava ugovornih strana. S obzirom na to, normativno su relativno nezahtjevni i zadovoljavaju se slabim konceptom integracije kao *državne* organizacije. Za pitanje odnosa između tipa ustava i kodiranja, društveni su ugovori zanimljivi tek onda kad napuštaju sferu teorije; no tada prelaze u ustavni tip “zakona”, pa o njima treba raspravljati tamo. Ugovori o savezu i organizacijski ugovori daju pak ustavu “gotovu” formu. Oni su vidljivo dvostruko kodirani – s jedne strane kao instrumenti u sustavu s više razina ili za menadžment interguvermentalnih, odnosno intraguvermentalnih odnosa, a s druge strane, kao simboli kompleksnijeg reda (“savez”, “unija”).

*Programski* ili *planski* ustavi prate uspon i pad socijalističkih društava. Oni samo utoliko gaje afinitet prema manifestu, koliko ga deklariraju, kako su to već na jednom drugom mjestu utvrdile političke elite, ponajprije autoriteti “znanstvenog socijalizma” na temelju svojega nadmoćnog znanja i poznavanja objektivnih zakona povijesti i napretka. Oni se razlikuju od ugovora donesenih u formi ugovora ili zakona po konstitucionalnoj ulozi i autorstvu samozvane avangarde, koja preko vladavine nad znanjem pretendira da bude predstavnikom stvarnih autora – proletarijata, radničke klase, radnika i seljaka itd. Ustavotvornost slijedi uzor jednostranih proklamacija, koje potiskuju stvarnog suverena u ulogu aklamatera. U krajnje neodređenim pojmovima, koji se često dadu identificirati samo u preambulama ili u teorijski informiranoj semantici, planski ustavi propisuju razvojne ciljeve koje su već na drugim mjestima propagirali i ostvarivali visoki politički kadrovi. Kao retorička koncesija za moderni konstitucionalizam, oni sadržavaju, kako političko-organizatorski dizajn, tako i katalog prava, kojima se, međutim,

ne pripisuju nikakve obveze. Programsko-planski ustavi prelaze dakle u simboličko, jer im nedostaje bilo kakav instrumentalni značaj. Osim toga, njihova je simbolika negativna: socijalistički planski programi pojavljuju se u svečanom ruhu ustava, a da pritom ništa ne konstituiraju. Stoga ostaju dokumentima simboličke politike (Edelmann, 1971.).

*Ustav u ulozi zakona* pokazao se povijesno najmoćnijim arhetipom. Čin donošenja ustava javlja se kao redovan, iako kvalificiran zakonodavni proces, koji proceduralno barem virtualno zbog legitimnosti treba osigurati da narod, kao zamišljeni nositelj suvereniteta, raspravlja o ustavu i da ga prihvati. Ustavotvornost je time, kao i zakonodavstvo, uključeno u republikansko-demokratsku regulativu. Ustavi se, doneseni u formi zakona, osim toga, odlikuju određenom arhitekturom: oni propisuju temeljna prava i obveze građanstva, uređuju organizaciju politike i tehniku vladanja. K tome, ističu vrijednosti koje se drže temeljnima, te metapравilima utvrđuju ustavne uvjete važenja i izmjena. Ova metapравila obrazlažu, dakle, povezanost sa samim sobom, odnosno refleksivnost modernih ustava koji su baš zbog toga podvrgnuti permanentnim izmjenama i dopunama. Ustav se kao zakon pokazao najfleksibilnijim arhetipom koji može obuhvatiti elemente manifesta i programske odredbe (državne ciljeve, ustavne zadatke). Ponekad se, ne s pravom, misli da je ustav donesen u formi zakona u prologu i možda još u nekim člancima zamišljen simbolično, no pretežno instrumentalno. Na primjeru preambule ustava u izdanju iz 1949. godine može se ilustrirati da nije trebalo oživjeti samo imaginarnu zajednicu ("Njemački narod"), nego je svakako tamo zapisanoj zapovijedi o ponovnom ujedinjenju pridano posve instrumentalno značenje, kao obveza djelovanja upućena svakoj pojedinoj saveznoj vladi. Dvostruko kodiranje pokazuje se u dvostrukoj prirodi temeljnih prava kao utuživih subjektivno-javnih prava i simboličkog oružja građana. Isto vrijedi za vrijednosti koje se u svojoj instrumentalnoj dimenziji mogu konkretizirati kao obveze javnih vlasti ili građana, a u svojoj simboličkoj dimenziji reprezentirati građanstvo kao solidarnu ili mirovnu zajednicu. Relevantne norme ustava donesenih u formi zakona, prema tome su u potpunosti dvostruko kodirane.

Sljedeći dijagram razjašnjuje da su manifestni i programski ustavi jednostavno kodirani (ustav kao simbol), dok ustavi doneseni u formi ugovora i zakona općenito pokazuju dvostruko kodiranje (ustav kao simbol i kao instrument).

Arhetip:	Kodiranje:
Manifest	Ustav kao simbol
Program	
Ugovor	Ustav kao simbol i instrument
Zakon	

### *Izbor tipa i ustroj modela ustava u tranzicijskim zemljama*

Tranzicija srednjoeuropskih i istočnoeuropskih društava može se, s gledišta ustavne teorije, općenito opisati kao prijelaz sa socijalističkoga programskog ustava na zakonski ustav tržišnog društva. Ova je tranzicija interno povezana s prijelazom s jednostavnog

kodiranja s primatom simboličkog, prema dvostrukom kodiranju ustava kojima se mogu pripisati simbolička i instrumentalna značenja.

Ova konstitucijska promjena tipa već je na razini izbora modela i kombinacije ustava kao simbola i ustava kao instrumenta povezana s nizom poteškoća. Najmanja od njih sigurno nije okolnost što se novo konstituiranje bivših socijalističkih državnih društava provodi u sjeni nedovršene prošlosti i pod patronatom širenja EU-a na Istok. “*Persistence of history*” pokazuje se, između ostalog, *personalno* u nazočnosti bivšega vodećeg kadra u procesu donošenja ustava, *strukturno* u žilavom odumiranju starih partijskih organizacija, te *ideološki* u ponovnom oživljavanju antisemitizma i etnizacije politike koja ne vlada samo na Balkanu (Brown, 1994.). Noćna mora povijesti, koja kao teret leži na ramenima aktera i ustavnih elita, pojavljuje se ponajprije kod konstrukcije nove imaginarne zajednice (Busek/Wilfinger, 1986.; Kovacs, 2001.: 3; Khazanov, 2001.: 90) – ovdje projekt Zapadna Europa i etničko-nacionalne vizije u balkanskom sukobu (Marko/Borić, 1991.) ima paradigmatičko značenje, kao i jezične i vjersko-političke kontroverzije u brojnim postsocijalističkim državama (EECR, 1998.) – i pri novoj kodifikaciji kompleksa normi bliskih ustavu, kao pravu o državljanstvu. Na svim se navedenim poljima aktivnosti povijesni teret često očituje kao netolerancija prema manjinama (Craiu, 1995.: 43; Rose, 1997.: 35).

Anticipacija zajedničke europske budućnosti kandidatima za pristupanje kod donošenja ustava nameće znatne pritiske zbog uskladbe, te ih stavlja pod nadzor “monitoring agencies”, ponajprije EU-a i OECD-a (EECR, 2000.). Njih se pod kaznom čekanja, ako ne i isključenja iz kruga EU-natjecatelja s dobrim izgledima, drži ne samo zbog toga da izaberu pravi model, nego da istodobno ponude i pravu dozu instrumentalnih i simboličkih značenja, po mogućnosti, da još i kontroliraju pripisivanje značenja. Pri izradbi novih ustava stoga valja paziti na pravilan jezik znakovlja: za osiguranje njegovog prihvatanja i vjerodostojnosti, postsocijalistički ustavi moraju reprezentirati obavezujuće obećanje i institucionalno realizirati da diktatura zauvijek bude prevladana. Ambivalentnosti i samo simbolička politika ustava – ustavi kao puka gesta ili kao formalna ulaznica za pristupanje u krug časnih ustavnih država – u očima supervizorskih agencija pronalaze slabo priznanje. U situaciji primjerenom jeziku znakovlja pripada i to da ustavi neposrednim adresatima ne obećavaju previše, kao recimo spas od siromaštva i socijalne nesigurnosti u nekom odsad kapitalističkom okruženju. Velikodušni katalozi socijalnih temeljnih prava, koja čak ni po postavkama nije moguće ostvariti i financirati, signaliziraju nostalgično ustrajanje na ideološkoj ustavnoj simbolici socijalističke konstelacije.

“Modelsko-teorijski” prijelaz ili, da budemo precizniji, konstitucionalno okretanje prema Zapadu, može se, kako to pokazuje sljedeći dijagram, prevladati još relativno neproblematično: od programskog ustava s elementima manifesta i zakonskim dekorom tranzicijska se društva rastaju i iznova se otkrivaju kao ustavne države, čiji političko-pravni lik odsad obilježavaju zakonski ustavi. Oni mogu, jednako kao i zapadnjački uzori, sadržavati elemente manifesta i programa. Da bi se markirala simbolička cezura, politička će mudrost naložiti majstorima izradbe modela, da elemente manifesta i programa potisnu na margine te da naglase zakonski karakter i pravo prvenstva novog ustava. Kao prikladan i “uigran” instrument i simbol ovdje se nudi institucionalizacija us-

tavne sudbenosti, koja u svojoj praksi može upozoriti na prednosti različitosti ustava, kao političko-programске proze, i ustava kao pravnog teksta.

Elementi manifesta

### Programski ustav

Zakon kao dekor

Elementi manifesta

### Ustav kao zakon

Programski elementi

Za prevođenje (neizbježnog) izbora tipa u model ustava koji je do pojedinosti prestrukturiran na savjetovanjima komisija ili/i javnim raspravama, na posljepku i političkim odlukama, tranzicijskim su društvima otvoreni različito zahtjevni i rizični strateški putovi:

*Kolonizacija* označuje put najmanjeg otpora i rizika. Političko-administrativnom odlukom i birokratskim izvršenjem, preuzima se ustavni poredak druge države *uno ictu* i proteže se na teritorij zemlje u tranziciji. Pristupanjem području Savezne Republike, bivša je Demokratska Republika Njemačka izabrala ovaj put, što joj je otvorio čl. 23. stare verzije Ustava.<sup>2</sup> Time su izostale javna rasprava i referendum o novom, “zajedničko-njemačkom” ustavu. Budući da se Ustav u trenutku pristupanja primjenjivao i prakticirao već više od 40 godina, te se, dakle, unatoč urođenom nedostatku samozakonodavnog akta od strane zapadnonjemačkog stanovništva, i unatoč karakteristici privremenoga ustavnog instrumenta, dokazao u praksi, nije se trebalo bojati pogrešaka kod izradbe modela.

Kapitulacija kroz *transplantaciju* stranog ustava u tkivo vlastitog društva srodna je kolonizaciji. Ovdje ostaje – utoliko je metafora posve primjerena – preostali rizik da će vlastiti *corpus iuris* odbaciti strano ustavotvorno tkivo, da će oktroirani ustav naići na odbijanje, te da se neće moći “domicilirati”. Ovaj rizik tranzicijska društva mogu dođuše minimalizirati tako da zapadne ustave ne kopiraju *in toto*, nego samo parcijalno, te ih dopunjavaju ugradbenim dijelovima koje su sami zamislili. Putem (parcijalne) transplantacije krenula su gotovo sva društva srednje i istočne Europe.<sup>3</sup> On im je praktično unaprijed određen okolnošću da su nosivi ustavotvorni stupovi, odnosno konstrukcijski elementi u zapadnim ustavnim državama i u Europskoj konvenciji za ljudska prava, u

<sup>2</sup> Na temelju čl. 23, str. 2. stare verz. Ustava: “U drugim dijelovima Njemačke ovaj se Ustav ima staviti na snagu u času njihova priključenja”.

<sup>3</sup> Radi pobližeg objašnjenja valja konzultirati studiju J. F. Browna (Brown, 1994.), kao i, u međuvremenu desetogodišnje izvještaje o istočnoeuropskim zemljama u *East European Constitutional Review*, koji izdaju New York University School of Law i Central European University u Budimpešti, pod vodstvom Stephena Holmesa.



instrumentalnom i simboličkom pogledu dovedeni do visokog stupnja zrelosti, koji se s obzirom na širenje prema Istoku ne smije zanemariti.

Od potpune se transplantacije može lako, a od parcijalne teško razlikovati “implicitno donošenje ustava” postupnom, inkrementalističkom *izmjenom i dopunom* socijalističkog ustava – prema motu: “rebuilding the ship at sea” (Elster/Offe/Preuss, 1997.; Stark/Bruszt, 1998.) ne dirajući pritom ustavotvorne strukture. Legitimacijske su manjkavosti jasne. Samo marginalno izmijenjen ustav, sveden na simboličko-ideološko, proigrava kredit povijesne cezure i izlaže se pogibelji da njegovo instrumentalno značenje ne bude ili ne bude pravodobno ostvareno, te da “novi” ustav kao “more of the same” iz socijalističkog doba, globalno ne bude prihvaćen. Osim toga, metoda inkrementalističke ustavotvornosti premješta *pouvoir constituant* s naroda, kao nositelja suvereniteta, na parlament ili ustavni sud (Arato, 1994.; 1995.). Mogući dobitci na fleksibilnosti u izvjesnim se uvjetima mogu skupo platiti: S brojem i situacijskom vrstom promjena povećava se vjerojatnost pojačane nekoherentnosti dokumenta.

Najveće rizike bez sumnje implicira radikalno *novi konstituiranje*, koje u svakom slučaju privremeno odustaje od paušalnog preuzimanja modela ustava zrelih za serijsku primjenu, ili relevantnih dijelova modela. U današnjem svijetu i konstitucionalno globalnog umreživanja teško se još može teorijski zamisliti potpuno autonomno, prema van začahureno “donošenje ustava u epruveti”, a kamoli realistična praktična opcija. O novom konstituiranju u pravom smislu ipak se može govoriti, ako se društvo – ili točnije: njegovi ustavni interesenti – kao prvo, upusti u otvorenu i javnu raspravu o željenoj formi novog ustava i, drugo, ako rezultat ove rasprave ne prejudicira ireverzibilnim smjernicama. Ovome ne proturječi što se diskutira o različitim konstitucionalnim elementima – kao npr.: većinskom ili proporcionalnom biračkom pravu, Vrhovnom sudu SAD-a ili Saveznom ustavnom sudu, britanskom westminsterskom modelu, američkom predsjedničkom modelu, njemačkoj kancelarskoj demokraciji ili čak demokraciji sovjeta itd. Kao referentni primjeri takvoga novog konstituiranja još su i danas poučne kontroverzije u francuskoj Narodnoj skupštini o ustavnim projektima, predloženim od različitih frakcija, koje su 1789. godine pratile prijelaz iz Monarhije u Republiku (Gauchet, 1991.). U istočnoeuropskom se kontekstu može spomenuti zacijelo manje sjajna, no ipak instruktivna, jer se proširila, javna ustavna rasprava u Albaniji – koja je u sjeni građanskog rata bila hrabar, ali i neugodan pothvat (Frankenberg, 2001.: 443). Ili široka i kontroverzna diskusija o različitim nacrtima ustava u Poljskoj, koja je na poslijetku dovela do Ustava iz 1997. Godine (EECR, 1994.; 1997.).

Bez obzira na to krene li neko tranzicijsko društvo putem parcijalne transplantacije ili novog konstituiranja, naći će se, nakon izbora arhetipa “ustav izdan u formi zakona” u situaciji IKEINOG kupca: u globalnom supermarketu konstitucionalnom presađivaču na raspolaganju stoje svi jeftini konstruktivni elementi kao gotovi proizvodi, a novom ustavotvorcu kao inspirativne ideje. Prednost: tko korača prema donošenju ustava, ne mora izmišljati novi kotač – čitaj: temeljne elemente pravno-državnog, demokratsko, republikanskog ustava, bez kojeg vrata u Vijeće Europe i Europsku uniju ostaju zatvorena. Očita ušteda troškova i minimaliziranje rizika. Nedostaci: Isporuca negdje drugdje izrađenih konstruktivnih dijelova “konfekcijske izradbe” pretpostavlja da se oni prema napatku i pod nadzorom (vidi gore: *monitoring agencies*) vlastoručno kombiniraju i sklapaju. “Kupci ustava”, čak i ako se kod novog konstituiranja žele samo inspi-

rati, moraju, kao prvo, poštovati pravila “approximation of legislation” i smjernice *acquis constitutionnel* EU-a, drugo, moraju biti u stanju čitati građevinske nacрте i naputke, kako bi mogli sklopiti prethodno izrađene dijelove u postojanu cjelinu, i treće, konstrukciju, kombiniranu od gotovih dijelova, umetnuti u vlastiti stan tako da se savršeno uklopi, tj. u zatečeni povijesno-društveni kontekst. Treba računati sa skupim rekonstrukcijama, naknadnim doradbama i ponekad čak s akcijama razmjene, ako se novi ustav ispriječi socijalnim i političkim konfliktnim strukturama, ako ne može baš uvjerljivo pretendirati na pokretanje bitnih pitanja života u novom društvu, pa stoga ne može učvrstiti svoj položaj u društvu (Levinson, 1995.). U postsocijalističkoj se konstelaciji uobičajenim, tako reći konstruktivno-tehničkim problemima pri izboru tipa i izrade modela pridružuje daljnja poteškoća, koja dramatično otežava uspjeh novog konstituiranja, kako god umjereno ili radikalno ono bilo: deprimirajuća iskustva s ranijim ustavima, potpuno reduciranim na simboličko-ideološko, čija jamstva slobode nisu samo bila neodređena ili proturječna, nego čak nisu bila protučinjenično koncipirana kao “oružje” građana, pogodovala su razvoju “negativnog konstitucionalizma”: ustavi su cinično odbacivani od strane vladajućih elita kao neobvezna pisma namjere i “razmetljivi, propagandni govori”. Stanovništvo ih u najboljem slučaju nije primilo na znanje, obično ih je ocjenjivalo rezignirano-realistički kao dodatne instrumente u rukama vodećih kadrova. Prema tome, prijelaz na zakonski ustav nije nešto na što se, kao na bilo koju promjenu režima, valja naviknuti; naprotiv, novi tip ustava najprije mora prevladati antiustavotvorni mentalitet, naime, uvježbanu redukciju ustavnih normi na (lošu) političku liriku, kako bi se mogao uvriježiti.

“Uvriježiti” znači s obzirom na političku klasu, ustave kao smjernice i ograničenja svojega službenog vođenja primiti na znanje i donekle ga shvatiti ozbiljno. U pogledu pravnog kriterija, uvriježenje ustava pretpostavlja da se njegovi članovi oslobode uobičajene predodžbe, da se presuda može donijeti bez posezanja za (zakonskim ili ustavnim) tekstom iz utjelovljenja svojega idiosinkratičnog osjećaja za pravednost ili na temelju kadrovskih zapovijedi. Potreban preokret na pravni rad kao rad na tekstu, pravnoj se struci dodatno otežava okolnošću na koju se treba naviknuti, a to je da pravni tekstovi korisniku prava ne okreću bezbrižno čitljivo lice, nego imaju veliku potrebu za tumačenjem, i da odustaju od ophođenja s neodređenošću i proturječnošću kao procesom učenja.

Kompleksni i neizbježno dugotrajni procesi učenja radi revizije negativne ustavne svijesti, potrebni su na poslijetku i na strani stanovništva, kojem zbog vrlo brzog socijalno-ekonomskoga i političko-kulturnog razvoja, te pratećeg procesa kodifikacije u tranzicijskim društvima, ostaje dakako malo vremena i prostora za učenje. Prostora nedostaje kod “top-down” ustavotvornosti, kojom dominiraju zapadni supervizori, isporučitelji i “consultants”, ili mali krug lokalnih ustavnih elita, te se zbivaju pretežno na području *arkanuma* (Sajó, 1997.: 44; Frankenberg, 1997.: 1). Vremena nedostaje zato što se u procesu globalnog umreživanja i širenja prema Istoku i kod raspravljanja mora žuriti. Osim toga, pustošenja prouzročena zapovjednim gospodarstvom i likvidacijom političko-javne sfere, nalažu današnjim aktivnim građanima, da ne čuvaju i ne iscrpljuju prije svega svoje ustavne slobode i mogućnosti političkog sudjelovanja, nego da brinu o svojoj materijalnoj dobrobiti i sigurnosti. Razjašnjenje upravo ovih preferencija kod ruskog stanovništva daje reprezentativna anketa iz 1994. godine: Kod gotovo polovine ispitanika na prvom je mjestu bila materijalna dobrobit, otprilike četvrtina je navela povjerenje u osobnu sigurnost, a samo je oko 3 posto dalo prednost mogućnosti otvoren-

nog iskazivanja svojeg mišljenja. Prema tome, uglavnom su jamstvo pravne zaštite i socijalna temeljna prava ustava Ruske Federacije ocijenjeni kao “vrlo bitni” ili “bitni” (Mikhailskaia, 1995.: 70).

Dakle, u 90-im se godinama uglavnom nejasna vizija konstitucionalno novog, koja je samo u odbijanju sovjetskog konstitucionalizma dobila negativan obris, može tek postupno komprimirati u elaborirano razumijevanje, kojem je jasno da difuzna građanska ustavna očekivanja u točkama “sloboda”, “pravna državnost”, “demokracija”, “ljudska prava” itd. pretpostavljaju kompleksnu institucionalnu mrežu i praklike u pravnom obliku.

### *Što je zanimljivo u ustavima postsocijalističke konstelacije?*

Na kraju prve dekade novoga konstitucionalnog računanja vremena u Srednjoj i Istočnoj Europi, može se podvući uglavnom zadovoljavajuća bilanca. Sva su se tranzicijska društva u međuvremenu ustavnopravno preodjenula. Neka po metodi “*trial and error*” odmah više puta. Osim iznimaka, ustavne elite i ustavni interesenti pritom su se držali podalje od klasičnih iskušenja: Prvo, odrekli su se izmišljanja već dobro poznatih stvari. Narcizam male razlike često se spominje u preambulama, te tu i tamo u pojedinačnim odredbama<sup>4</sup>, no ipak ne obilježava dizajn novih ustava. Drugo, sudionici u ustavnim raspravama uglavnom nisu popustili želji da pojedino društvo ustavnopravno osiguraju protiv svih mogućih rizika, nego donošenje ustava pokušali (Lefort, 1986.) priključiti temeljnom pitanju o društvenom poretku i prilagoditi se legitimnosti diskursa o legitimnosti, koji je neugodan zato što je otvoren i ne može se dovršiti. Ovdje je simbolički poučno prihvaćanje sukobljenih stajališta slovenskih stranaka o pitanju lokalne samouprave u radni tekst ustava (Marko/Borić, 1991.: 187), ili isticanje demokratskog višestranačkog sustava kao jedne od “najvećih vrijednosti hrvatskoga ustavnog poretka” (Marko/Borić, 1991.: 249). Treće, oduprli su se tome srodnom iskušenju formuliranja novoga ustavnog obećanja u stilu socijalističkih ustava, kao plana za put u zlatnu budućnost, ako se iz toga izuzmu elaborirani katalozi socijalnih temeljnih prava.<sup>5</sup> Konačno, u većini se ustava može prepoznati da su ih njihovi autori sastavljali sa smislom za proporcije, te su se stoga zaštitili od previše ili pak samo od previše trivijalnih izjava.

Promatrač u pozi kritičkog realista mogao bi iz ovoga zaključiti da novi ustavi u postsocijalističkoj konstelaciji kao puke “varieties” zapadno-liberalnog konstitucionalizma nisu osobito zanimljivi, da ne govorimo o praktičnom značenju – osim baš kao normativni dekor transnacionalnoga kapitalističkog režima. S velike se udaljenosti ova procjena može činiti primjerenom. Promatrajući izbliza, zbog barem tri primarna simbolička aspekta, isplati se napor razmišljanja i empirijsko viđenje:

<sup>4</sup> Kao npr. u simboličkom i, ponajprije instrumentalnom svrhovitom jamstvu prava na slobodan izbor bračnog partnera u albanskom ustavu, slobodnoj odluci o rađanju djece (čl. 27.) u srpskom ustavu ili eksplicitnom odvajanju države i Crkve u čl. 19. makedonskog ustava i čl. 10. albanskog ustava. O bračnoj slobodi usp. također čl. 44. rumunjskog ustava.

<sup>5</sup> Usp. čl. 49. itd. i 59. itd. albanskog ustava; čl. 30. itd. makedonskog ustava; čl. 33. rumunjskog ustava; te čl. 28. itd. srpskog ustava.

Prvi se aspekt odnosi na ustavotvorne procese. Oni razjašnjaju poteškoće, nade i bojazni društava na prijelazu u novu političku imaginaciju. Njihovo samoinstitucionaliziranje kao gospodara svoje povijesti i svoje sudbine, simbolizirano i instrumentalizirano demokratskim ustavima, označuje dramatičnu mijenu: društva koja su još bila objekti autoritarno-samovoljne intervencije vodećih kadrova, pretvaraju se u subjekte i sada pristupaju – iako pod nadzorom i na temelju zapadnih ideja, smjernica ili uvozne robe – teškom poslu samoprogramiranja.

Oni na ovom putu traže, a to je drugi teorijski i praktični značajni aspekt, novi oblik, identitet i zajedništvo. U ovom su kontekstu zanimljive njihove vizije o “imaginarnom zajedništvu” (Anderson, 1988.). Njihov iluzorni oblik jedinstva, “mi” plus drugi etnosi ili manjine kao opasni dodatci, kao npr. “Macedonian People with the nationalities living in the republic of Macedonia”,<sup>6</sup> već u ustavnom tekstu označuje buduća prijelomna mjesta i povode za građanski rat. S druge strane, čitanja su vrijedne narativne konstrukcije koje trebaju pomoći zastiranju povijesne cezure, kako bi se novokonstituiranoj državi podarila produbljena, kontinuitetom zajamčena povijesna legitimacija. Ovdje je nenadmašan prvi dio hrvatskog Ustava, koji želi izgraditi mladu, postjugoslavensku republiku na neuobičajeno elaboriranim “povijesnim temeljima” “tisućljetne nacionalne samostalnosti” i kontinuiteta. Nasuprot tome, Srbija se zadovoljava prizivanjem “stoljećima duge borbe ... za slobodu”, a albanski ustav upravo kriptički spominje tek “ponos zbog povijesti” (Marko/Borić, 1991.: 247, 318).

Treći aspekt, zbog čega se isplati proučavanje postsocijalističkog ustava, odnosi se na različite pokušaje da se, posve u tradiciji liberalnog konstitucionalizma, subjektivni faktor progna iz politike i društvenog života, tj. da se svaka samovolja pravno okuje u lance. Ovaj egzorcizam usmjeren je protiv državne samovolje, protiv neposlušnih i zbog toga opasnih organizacija, kao i protiv individualno-građanske samovolje. U pogledu javnih vlasti, postsocijalistički se ustavi služe, kao i njihovi liberalno-zapadni modeli, trikom “transsupstancijalizacije” i pretvaraju vladavinu čovjeka u bezličnu vladavinu zakona, a moć vodećih osoba u kompetencije službi i vršitelja službi. Oni se dopunjuju klasičnim osiguranjima protiv samovolje i osobnih utjecaja, kao što su, prvo, temeljna prava kao negativne kompetencije državne moći i drugo, njihova organizacija s podjelom vlasti, i veza s pravilima postupka i nekompatibilnosti, te postulatima lojalnosti,<sup>7</sup> nadalje, jasna politička neutralizacija državnog poglavara ili vojnih postrojbi<sup>8</sup>, te na posljedku institucionalizacija posebnih organa kontrole, kao što su glasnogovornik naroda i ustavni sud. U pogledu intermedijarnih vlasti, pojedina tranzicijska društva pokušavaju djelovati protiv ponovnog uskrnuća organizirane samovoljne vladavine zabranom totalitarnih ili tajnih stranaka ili protuustavnih organizacija<sup>9</sup>, a protiv pojedinačnih djelovati i putem transparentnih propisa. Što se tiče pojedinaca, općenita transsupstancijalizacija

<sup>6</sup> Vidi preambulu makedonskog ustava iz 1991. godine. Albanski ustav sadržava spomena vrijedno priznanje “pluralizma i nacionalnog jedinstva” i “koegzistencije s ... manjinama” kao državnom zaštitnom obvezom (čl. 3.).

<sup>7</sup> Čl. 50. rumunjskog ustava.

<sup>8</sup> Čl. 12 albanskog ustava.

<sup>9</sup> Čl. 9. i 46. III. albanskog ustava.

očituje se u pretvaranju potreba, interesa i zahtjeva u “prava”. Njihova uporaba osigurava se protiv zlouporabe<sup>10</sup>, uz pridržavanje ograničenja – i često je postavljena u korist državne sigurnosti ili vojne obrane – a u pojedinim ustavima povezana s obvezom obrane Republike.<sup>11</sup>

*S njemačkoga prevela*

Lidija Eterović

### *Literatura*

- Anderson, Benedict, 1988.: *Die Erfindung der Nation*, Frankfurt am Main
- Arato, Andrew, 1994.: Constitution and Continuity, *Constellations*, (1-2)
- Arato, Andrew, 1995.: Parliamentary Constitution-Making in Hungary, *EECR*, (4) 4
- Bogdandy, Armin von, 2001.: Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation, *Kritische Justiz*, (34) 3: 264-281, 425-441
- Brown, John F., 1994.: *Hopes and Shadows – Eastern Europe After Communism*, Duke University Press
- Bryde, Brun-Otto, 1992.: *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden
- Busek, Erhard / Wilfinger, Gerhard (ur.), 1986.: *Aufbruch nach Mitteleuropa, Ort?*
- Craiutu, Aurelian, 1995.: A Dilemma of Dual Identity: the Democratic Alliance of Hungarians in Romania, *EECR*, (4) 2: 43
- Eagleton, Terry, 2001.: *Was ist Kultur?*, München
- EECR*, 1997., (6) 2-3: 64-96
- EECR*, 2000., (9) 4: 62-90
- Edelman, Murray, 1971.: *Politics as Symbolic Action*, New York
- Elster, Jon / Offe, Claus / Preuss, Ulrich K., 1998.: *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea*, Cambridge
- Frankenberg, Günter, 1997.: *Die Verfassung der Republik*, Frankfurt am Main
- Frankenberg, Günter, 2002.: Pluralität verfassen, u: Frankenberg, Günther, *Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Frankfurt am Main (u tisku)
- Frankenberg, Günter, 1997.: Stranger Than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law, *Utah Law Review*, (97) 2: 259-274

<sup>10</sup> Usp. npr. čl. 12. III. srpskog ustava.

<sup>11</sup> Čl. 28. makedonskog ustava.

- Frankenberg, Günter, 2001.: Verfassungsgebung zwischen Hobbesianischem Naturzustand und Zivilgesellschaft. Die Verfassung von Albanien, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, N.F., (49) 443-450
- Gauchet, Marcel, 1991.: *Die Erklärung der Menschenrechte. Die Debatte um die bürgerlichen Freiheiten 1789*, Reinbek bei Hamburg
- Geertz, Clifford, 1975.: *The Interpretation of Cultures*, Cambridge
- Khazanov, Anatoly, 2001.: Russischer Nationalismus heute, *Transit*, 21: 90-109
- Kovacs, Janos M., 2001.: Westerweiterung – Zur Metamorphose des Traums von Mitteleuropa, *Transit*, 21: 3-20
- Lefort, Claude, 1986.: *Essais sur le politique*, Paris
- Lessig, Lawrence, 1999.: *Code and other laws of cyberspace*, Cambridge
- Levison, Sanford (ur.), 1995.: *Responding to Imperfection*, Chicago
- Luhmann, Niklas, 1969.: *Legitimation durch Verfahren*, Berlin und Neuwied
- Marko, Joseph / Borić, Tomislav (ur.), 1991., Slowenien – Kroatien – Serbien. Die neuen Verfassungen, Wien/Köln/Graz
- Morlok, Martin, 2001.: Parteiverbot als Verfassungsschutz – Ein unauflösbarer Widerspruch?, *NJW*, (54) 40: 2931 – 2942
- Religion and the Rule of Law, 1998., *EECR*, (7) 2: 65-99
- Rose, Richard, 1997.: Rights and Obligations of Individuals in the Baltic States, *EECR*, (6) 1: 35-43
- Sajó, Andras, 1997.: Universal Rights, Missionaries, Converts, and “Local Savages”, *EECR*, (6) 1: 44-49
- Sunstein, Cass, 1995.: Rights After Communism – Introduction, *EECR*, (4) 1: 61-63
- Stark, David / Bruszt, Laslo, 1998.: *Postsocialist Pathways – Transforming Politics and Property in East Central Europe*, Cambridge
- Teubner, Günther, 2000.: Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?, u: Simon, Dieter / Weiss, Manfred (ur.), *Zur Autonomie des Individuums – Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden: 437-454
- Vismann, Cornelia, 1996.: Das Rechte erklären – Zur gegenwärtigen Verfassung der Menschenrechte, *Kritische Justiz*, 29, 321-335
- Williams, Raymond, 1991.: *Culture*, London

Günter Frankenberg

*CONSTITUTION-BUILDING IN TIMES OF TRANSITION*

*Summary*

The author holds that the constitutional theory today is put to the test in three areas. The first is the problem of the relationship between the trans-national regimes and the government institutions. The constitutional/legal theory is faced with the question how the norms concerning trans-national regimes can acquire the dignity of legal norms via “constitutionalization”. The second challenge is posed by trans-national regimes *sui generis* such as the EU’s legal system. The third concerns the process of EU’s expansion.

For the author, a constitution is both an instrument and a symbol i.e. it is doubly coded. On the one hand, it leans on practice and instrumental implementation, and on the other on the world of representation. There are different types of constitutions. Type one are constitutions-manifests, largely solely symbolically coded. Type two are the constitutions in the form of contracts, structured more in the form of a legal relationship between discrete actors than a monolithic symbolic corpus. Type three are programmatic or planned constitutions, and they are associated with the rise and fall of socialist societies. They identify the already politically defined developmental goals. And finally, there are the so-called constitutions-cum-laws. These are a result of a regular legislative process that enables peoples in the capacity of presumed agents of sovereignty to debate constitutions and accept them.

The author’s opinion is that the transition of Central- and East-European countries is a transition from the simple-coded with the primacy of the symbolic to the double-coded constitutions. This transition is not smooth. The first difficulty lies in “transplanting” constitutional solutions to different social/historical contexts. The other refers to the anti-constitutional mentality that prevails in these societies. Despite everything, the constitutional balance in Central and Eastern Europe is satisfactory on the whole. The constitutions of these countries are interesting because of three symbolic aspects. The first refers to the constitution formation processes in which these societies ceased to be objects of authoritarian rulers. The second aspect regards the search for new forms of identity and unity. The third aspect refers to the attempts to banish tyranny from politics and social life by means of legal chains.

*Key words:* transition, constitution, constitution as an instrument, constitution as a symbol, constitutional theory



*Mailing address:* J. W. Goethe-Universität Frankfurt am Main, FB Rechtswissenschaft, Senckenbergeranlage 31, D-60325 Frankfurt am Main, Germany. E-mail: frankenberg@jur.uni-frankfurt.de